Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

der Pfandgläubiger zu Gunsten eines andern Pfandgläubigers auf ein ihm bestelltes anderes Pfandrecht verzichtet hätte, und aus diesem Grunde vom Pfandschuldner nicht seine volle Befriedigung erlangen könnte.

Nur die in der Rubrik angeführte zweite Frage enthält aber weder die cit. Novelle, noch irgend eine andere Abänderung des früher bestandenen Rechts, und es hat mithin hierbei lediglich bei dem alten Rechte sein Bewenden. Wollte man sich vielleicht in dieser Hinsicht auf Novelle 99. berufen, in welcher mehreren correis die Einrede der Theilung gestattet ist, so habe ich schon ad. II. 8. ausgeführt, daß in dieser Beziehung ein analoger Schluß von verschiedenen correis debendi auf verschiedene Besitzer von Pfändern ganz unstatthaft erscheint. Außerdem hat v. Schröder[21]) mit vollgültigen Gründen nachgewiesen, daß die Bestimmung der Novelle 99. sich bloß auf die durch Vertrag entstandene Correalobligation bezieht, folglich um so weniger auf verschiedene Besitzer mehrerer wegen derselben Forderung verpfändeten Sachen, welche in gar keinen Vertragsverhältnissen zu einander stehen, angewendet werden darf.

IX.

Ueber den Beweis-Interlocut.

Von

Herrn Dr. **T. Brackenhoeft** Privatdocenten in Heidelberg.

§. 1. Nach der Ansicht, welche als die in der neuern Zeit vorherrschende angesehen werden darf, ist das Beweis-Interlocut ein richterlicher Ausspruch welcher diejenigen Bedingungen, welche eine Parthei zu erfüllen hat um für ein bereits begründetes Prozeßmittel (Rechtverfolgungs- und

21) Zeitschr. f. C. und P. Bd. VI. S. 439. und 440.

Rechtsvertheidigungs-Mittel) die richterliche Anerkennung und den Effect der Condemnation oder Absolution zu erlangen, feststellt; und zwar rechtskräftig feststellt[1]). Diese Rechtskraft indeß ist dasjenige Moment, dem in früherer wie in der neuesten Zeit eine unbedingte Anerkennung zuweilen versagt worden[2]); zugleich aber ein solches, welches für den prozessualischen Werth des Beweis-Interlocuts von entschiedener Bedeutung ist, und daher auf besondere Berücksichtigung Anspruch hat. Abgesehen einstweilen davon, daß der Wirksamkeit einer Rechtskraft des Beweis-Interlocuts durch die Prozeßlage in welcher es gegeben wird, besondere Hindernisse entgegenstehen können, und davon daß es Anordnungen enthält, welche ihrer rein prozeßleitenden Natur wegen

---

1) Vergl. Claproth Einleit. in den ordentl. bürg. Proz. § 214. not. d. und das. Cit. Weber Verbindlichkeit zur Beweisführung II. § 7 und die in Anmerk. * von Heffter in dessen Ausg. S. 22. Cit. Danz Grundsätze des ordentl. Proz. § 233. Martin Lehrb. d. gem. bürgerl. Proz. § 180 not. k. l. (§ 175 not. k. l.) und das. Cit. Gensler Commentar zu Martin (Ausg. v. Morstadt I. S. 307. Bayer Vorträge S. 399. (4. Aufl. S. 299.) Reinhardt Handb. I. § 155. S. 269. Mittermaier der gem. deutsche Proz. (2. Aufl.) Beitr. II. S. 142—161. III. S. 36—50. Heffter Institut. S. 353. Linde Lehrb. des gem. Civil-Proz. § 245. not. 15—20. Guyet in dies. Arch. XV. S. 414 ff. und das. not. 40. 41. Cit. und die ebendas. not. 43. 44. angeführten Particulargesetze.

2) Namentlich für den Fall irrelevanter Beweisauflagen (die nach dem Schwarzb. Sondersh. Proz.-Gesetz v. 20. Febr. 1834 neben den unvollständigen der Rechtskraft fähig erklärt werden), so von Danz, Martin und Linde a. a. a. O. O. O.; so wie der Ueberladung des Beweissatzes: Cannegiesser decis. summ. trib. Cass. T. I. dec. 85 no. 8 u. 10, p. 307; zuweilen aber doch nur im Falle einer Appellation, nämlich gegen die definitive Sentenz oder doch nachdem sie gegen das Beweis-Interlocut selber ausgeschlossen, vermöge der Ansicht (Carpzov. defin. forens. P. I. const. 3. def. 8. no. 2. const. 21. def. 10 no. 3.) daß dadurch die Sache auf den Standpunkt der Litiscontestation zurückgeführt werde. Mevius IV. dec. 51. Allgemein und unabhängig davon indeß Heffter Institut. S. 373. 374.

der Rechtskraft entzogen erscheinen[3]), und daß Nichtigkeiten der Rechtskraft entgegenstehen können, sind hier, so weit vom Grundsatze die Rede ist, nur zwei Wege möglich: man kann nur schlechthin entweder die Rechtskraft läugnen[4]), oder sie zugeben. — Im erstern Falle reducirt sich aber die ganze Bedeutung des Beweis-Interlocuts auf die Festsetzung einer Frist für die Beweisführung. Der Ausspruch über die Beweislast und den Beweissatz ist dann nichts weiter als eine Mittheilung der dermaligen Ansicht des Richters über dieselben und über die Begründetheit des Prozeßmittels; welche, insofern sie sich später ändert, für die Parthei die sich von ihr verleiten läßt den Nachtheil herbeiführt, mit dem Stoffe, der ihr zu einer dieser veränderten Ansicht gemäßen Beweisführung etwa zu Gebote steht, sich durch den Ablauf der Beweisfrist präcludirt zu sehen, wenn man dieser nicht etwa ebenfalls ihre Wirksamkeit entzieht[5]); ohne ihr den Vortheil

---

3) Die Bestimmung der Beweisfrist gehört dahin. Die etwaige Rechtskraft des übrigen Inhalts des Beweis-Interlocuts kann darin nichts ändern.

4) Den particularrechtlich durch die Badische Proceßordnung v. 31. Dez. 1831 § 405. Kurhess. Gesetz vom 16. Sept. 1834 § 34. 35. bei Hassenpflug; kleine Schriften Bd. 1. S. 67, sanctionirten Mangel der Rechtskraft vertheidigt letzterer ebendas. als den gemeinrechtlichen Quellen entsprechend. Vergleiche unten § 4. not. 6.

5) Wird man in einem solchen Falle, wenn die Beweisfrist ungeachtet des Mangels der Rechtskraft der Beweisauflage peremtorisch ist, wie nach der Bad. Proz. Ordn. § 409, dagegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilen; oder wird man sagen, es sei nicht entschuldbar daß die Parthei der Beweisauflage gefolgt sei, statt eine nach der Ansicht des definitiv erkennenden Richters richtige Beweisantretung vorzunehmen, und im Falle der Verwerfung derselben gegen diese, wie es die Bad. Proz. Ordn. § 391. 1175. Zif. 2. gestattet, Appellation zu ergreifen? — Daß der definitiv erkennende Richter im Falle einer Abweichung von dem Inhalte des Beweis-Interlocuts eine neue Beweisfrist gestatten müsse und könne, wenn dadurch die geschehene Beweisantretung sich als ungenügend darstellt,

zu gewähren gegen eine überflüssige Beweisführung gesichert zu sein: weil, auch wenn sie der Beweisauflage vollkommen genügt hat, doch ihr Prozeßmittel noch immer als unbegründet verworfen werden kann. Da nun gemeinrechtlich das Beweis-Interlocut keineswegs gesetzlich ist[6]), sein Ursprung vielmehr nur darin gefunden werden kann, daß sich nach der Aufhebung des articulirten Verfahrens ein Bedürfniß zeigte aus den freien Vorträgen der Partheien den relevanten streitigen Stoff vor der Beweisführung auszusondern[7]); da der

läßt sich mit einer peremtorischen Beweisfrist doch nicht vereinigen. — Auch kann die Zulässigkeit der Abänderung der proceßleitenden Verfügungen den Richter dazu nicht ermächtigen, weil jene Operation darüber hinausgehen und den Prozeß in ein bereits vorübergegangenes Stadium zurückversetzen würde. Es wäre außer der Restitution eine consequente Abhülfe nur durch Cassation des Verfahrens mit Ausschluß des vor dem Beweis-Interlocute liegenden möglich, da irgend eine Art der Nichtigkeit, heilbare oder unheilbare, sich immer nachweisen lassen würde.

6) Die Regulirung der Beweisführung durch ein Interlocut im canonischen Rechte (v. Linde a. a. O. § 238 not. 3), beschränkt sich auf das Beispiel der Festsetzung einer Frist für die Real-Production in c. 9. X. de probat. 2. 19. Im reichskammergerichtlichen Verfahren finden sich Beweiserforderungen wenn besserer Beweis desiderirt oder der Beweis nicht freiwillig unternommen wird (Gail I. obs. 63. 107. II. 149 v. Berg. reichsger. Verf.- u. Praxis § 214. not. e.), aber und zwar auch als gesetzliches Erforderniß doch ebenfalls nur zur Bestimmung einer Frist für das Unternehmen der Beweisführung: K. G. O. III. Tit. 16. § 3. mit § 6. D. A. v. 1600 § 132. Conc. III. Tit. 21. J. R. A. § 50. Wenn demnach hier von Interlocutorien welche die definitive Sentenz bedingen oder die Kraft derselben haben, geredet wird (K. G. O. I. 13. § 12. II. 28 § 6. 29. § 3. 4), so kann man dies nicht mit Guyet in dies. Arch. XV. S. 412. 413. auf ein Beweiserkenntniß beziehen welches auch im J. R. A. § 50 noch nicht vorgeschrieben ist. Vergleiche unten not. 11—13.

7) Im artikulirten Verfahren kam es darüber schon zur Verhandlung und Entscheidung wenn wegen Irrelevanz die Beantwortung der Artikel verweigert wurde.

Richter angewiesen war nur in Ansehung dieses Stoffes eine Beweisführung zuzulassen[8]): so müßte man ein der Rechtskraft entbehrendes Beweis-Interlocut als ein zur Befriedigung jenes Bedürfnisses untaugliches Mittel für gänzlich überflüssig erklären. Ja es würde vielmehr, insofern nach dem Endurtheile in Folge ergriffener Rechtsmittel eine veränderte Beweisauflage eintreten müßte, eine mehrfache Wiederholung der Beweisauflage und der Beweisführung in demselben Prozesse nothwendig und dadurch die Beendigung des Prozesses in's Unabsehbare hinausgeschoben werden können, und zwar nicht durch Unthätigkeit, sondern im Gegentheil durch die angestrengteste Thätigkeit[9]). Gegen eine irrelevante Beweisführung sichert überdieß schon die sofortige Verwerfung eines nicht durch eine gehörige Geschichtserzählung substantiirten Prozeßmittels, und gegen unnöthige Beweisführung die Verwerfung einer solchen vor der Real-Production; Verwerfungen die ohne Zweifel zu den Befugnissen und Obliegenheiten des Richters gehören[10]). Daß diese Bestimmungen im heutigen Verfahren die entsprechende Wirksamkeit nicht äußern, beweiset nur, daß unsere gemeinrechtlichen Prozeßvorschriften auf tieferer und reiferer Einsicht in das Wesen des Prozesses beruhen, als unserer Doctrin und Praxis zum Grunde liegen. — Demnach kann man die auf bloßer Praxis beruhende Ertheilung eines Beweis-Interlocuts nur dann vertheidigen, wenn dieses geeignet ist, in Rechtskraft überzugehen, und es entsteht so die Frage inwiefern sein Inhalt und seine Form es geeignet machen dieselbe zu beschreiten. Bei den Vertheidigern der Rechtskraft scheint nur der bedingende

8) J. R. A. § 50. Nach diesem R. A. fangen die Prozeßordnungen an Beweis-Interlocute vorzuschreiben: Eichhorn deutsche Staats- u. R.-G. IV. § 575 not. u. das. cit. Calenberg. Canzleiordn. v. 1683. Tit. 19. § 1. Hinterpomm. Hof. Ger. Ordn. v. 1683. Tit. 53.

9) Vergl. Mittermaier in dies. Arch. IX. S. 138. Guyet a. a. O. S. 423. ff. mit oben not. 5.

10) Z. B. von Linde a. a. O. § 58 not. 5. 6. und J. R. A. a. a. O.

Einfluß auf das Endurtheil entſcheidend geweſen zu ſein, indem man darin die Eigenſchaft einer sententia vim definitivae habens begründet, und als Correlat der gegen dieſe gegebenen Appellationszuläſſigkeit die Appellationsnothwendigkeit und damit die Rechtskraft conſtituirt fand[11]). Gegen dieſe Begründungsweiſe iſt aber zunächſt zu erinnern, daß als eine sententia vim definitivae habens in der quellenmäßigen Bedeutung nur diejenige angeſehen werden kann, welche die Prozeſſualiſten des 16. Jahrhunderts, als ſich dieſe Bezeichnung bildete, als eine ſolche betrachtet haben. Darnach iſt ſie aber keineswegs eine Sentenz die auf eine noch zu erwartende Definitiv-Sentenz einen bedingenden Einfluß hat, ſondern vielmehr eine ſolche, welche den Prozeß, ohne über den ganzen demſelben angehörigen Stoff durch eine Definitiv-Sentenz zu entſcheiden, beendigt und eine Definitiv-Sentenz ſomit gänzlich abſchneidet[12]), z. B. wenn, wo es einer Reſtitution bedarf, dieſe verſagt wird[13]), oder wenn eine Klage, ohne über ſie zu entſcheiden, auf den Grund einer Einrede zurückgewieſen wird[14]). Es kann ſonach von der Zuläſſigkeit der Appellation gegen eine sententia vim defini-

11) Vergl. Mevius II. dec. 295. Struv. syntagma juris exerc. 49. § 3. not. d. § 9. Bœhmer jus eccles Prot. T. I. Lib. II. tit. 28. § 10. Puffendorf introd. in proc. civ. elect. Brunsv. Luneb P. II. c. XI. § 3. und darüber: Haſſenpflug a. a. O. S. 78. 79. ferner Gensler a. a. O. I. S. 182. 183. II. S. 124. Reinhardt a. a. O. I. § 155 S. 269 mit II § 350 not, 3. 4. S. 274.

12) M. Erörterungen zu Linde S. 386. not. 45. a. E. S. 387. not. 57 a E. S. 482. not. 20. Vergl. Maranta de ordine judic. P. VI. (Abſchn.) Decisoria judicii tribus membris distincta no. 42 — 46. (Colon. Agripp. 1606 u. 1614. 4. p. 372), und Termineus gerichtlicher Prozeß c. L. § 1. 3 (ed. 1582) der das Beweis-Interlocut ausdrücklich davon ausſchließt.

13) Vgl. L. 39 pr. D. de minor. 4. 4. Maranta l. c. Gail l. c. I. obs. 130. no. 6.

14) Felinus comment. ad V. libr. decret. ad tit. de sententia et re jud. no. 2. 3. sq. Maranta l. c. Gail. l. c. no. 9. obs. 132 no. 3. Haſſenpflug a. a. O. S. S. 71—73.

tivae habens überall kein Schluß auf das Beweis-Interlocut gemacht werden.

§. 2. Was für die Frage über die Rechtskraft des Beweis-Interlocuts, abgesehen von seiner Form, allein entscheidend sein kann, ist vielmehr die von seinem Gegenstande abhängige Natur seines Inhalts. Sondert man nun von letzterm die in dem Beweis-Interlocut gegebene Anerkennung der Begründetheit des Prozeßmittels, in Ansehung dessen ein Beweis auferlegt wird, als ein zwar die prozessualische Zulässigkeit der Beweisführung vorbereitendes aber dem vorhergegangenen ersten Verfahren als dessen Endresultat angehöriges Moment aus, so bleibt er doch noch immer zweifacher Natur. Er ist theils anordnend, sofern das Interlocut bestimmt: was bewiesen werden, wer es beweisen, und in welcher Zeit es geschehen soll; theils anerkennend oder entscheidend, insofern es die die beiden ersten Anordnungen begründenden Momente feststellt, nämlich: daß gewisse Thatsachen zur Grundlage eines Prozeßmittels der als beweispflichtig behandelten Parthei gehören, daß sie noch streitig sind, und die sich daraus ergebende Folgerung, daß nur dann, wenn sie zur Gewißheit gebracht werden, das Prozeßmittel durch Anerkennung des Daseins des ihm zum Grunde liegenden Verhältnisses wirksam werden könne[1]). Ein Beweis-Interlocut müßte also, um alles, was abgesehen von jener schon in die Definitiv-Sentenz eingreifenden Folgerungen in ihm liegt, in Worten auszudrücken, sich dahin ausdrücklich aussprechen, daß es eben über jene Beweispflicht und Streitigkeit entscheide, z. B. wird hiedurch entschieden: daß die Annahme des Versprechens u. s. w. zur Grundlage der Klage gehört und dieser Umstand noch streitig ist, und demnach verfügt, daß Kläger schuldig ist u. s. w. — Der Gegenstand der Entscheidung ist sonach die Beweispflicht, der Gegenstand der Anordnung das durch sie hervorgerufene Verfahren. Jene Entscheidung betrifft ein dem Streite

1) M. Erörter. zu Linde S. 483. not. 21.

der Partheien angehöriges Moment; dieſe Anordnung bezieht ſich auf ein zu einem eigentlichen Partheienſtreite überall nicht erwachſende ſondern nur Gegenſtand der Anforderungen zwiſchen Richter und Partheien bildendes Moment und iſt die auf jene Entſcheidung geſtützte richterliche Einleitung des fernern Verfahrens ſoweit es dem Beweisſtadium angehört. Dieſe prozeßleitende Anordnung an und für ſich ſelber iſt die Rechtskraft unter keinen Umſtänden zu beſchreiten geeignet[2]). Anders verhält es ſich aber mit jener Entſcheidung. Denn die Anerkennung der Beweispflicht der einen Parthei involvirt die Anerkennung eines bereits vor dem Prozeſſe und unabhängig von dieſem für den Gegner begründeten Beſitzes oder Quaſi-Beſitzes oder eines analogen Zuſtandes der in der Ausübung der durch die Perſönlichkeit begründeten Willkühr aufgeht[3]); und die Entſcheidung über dieſen Zuſtand erſcheint der Rechtskraft eben ſo fähig als eine Entſcheidung über einen Beſitz oder Quaſi-Beſitz[4]). Wenn wir da, wo wir das die Beweispflicht beſtimmende Moment nicht als einen Beſitz oder Quaſi-Beſitz anerkennen, daſſelbe nur im Prozeſſe in der Stellung des Beklagten zum Kläger wirkſam ſehen; ſo hat dies ſeinen Grund darin, daß es eine auch

2) Ebendaſ. S. 467. S. 479. ff.

3) Vergl. ebendaſ. S. 1. 2. not. 3.

4) In dem Anhaltiſchen Geſetz v. 10. Juni 1824(in dieſ. Arch. VII. S. 431) wird in dieſer Hinſicht das Beweis-Interlocut als unbedingt der Rechtskraft fähig erklärt; während ihm dieſe Fähigkeit, abgeſehen von einer unvollſtändigen Beweisauflage, im Uebrigen abgeſprochen wird (S. indeß unten § 3). — Dieſe Beſtimmung der Beweispflicht, die der Beweiserforderung erſt den bedingenden Character in Beziehung auf den Sieg beilegt und ſie zu einer eigentlichen Beweisauflage, zu einem Beweiserkenntniſſe qualificirt, iſt eine Eigenthümlichkeit der Beweis-Interlocute des gemeinen Prozeſſes, die ſie weſentlich von den bloßen Beweisdecreten (unt. not. 5. § 4. not. 6.), den Beweiserforderungen des reichskammergerichtlichen (vergl. oben § 1. not. 6) ſo wie des franzöſiſchen Verfahrens (vergl. unten § 8 not. 3 ff.) unterſcheidet. In ihre Categorie gehört es auch, wenn eine Parthei zur Recognition oder Diffeſſion ſchuldig erkannt wird.

außer dem Prozesse angreifbare Verkörperung eben nur in der Ausbildung zu einem Besitze oder Quasi-Besitze erlangt. Abstrahirt man aber von dieser Verkörperung, so ist es in allen Fällen derselbe Zustand, der rechtlichen Schutz genießt bis ein ihm entgegenstehendes Recht zur Gewißheit gebracht worden für den, der sich in demselben befindet, im Prozesse die Stellung des Beklagten begründet, und die gemeinsame Grundlage der Befreiung von der Beweispflicht bildet[5]). Und dieser Zustand hat, auch da wo ihm die Ausbildung zu einem Besitzverhältnisse fehlt, vermöge seiner prozessualischen Geltung eine von dem Rechte selber und dem Gebrauche irgend eines Stoffes so wie von irgend einer Prozeßhandlung unabhängige vermögensrechtliche Bedeutung in dem Interesse, welches dadurch mit ihm verbunden ist, daß er die alleinige Ursache der Abwendung einer gerechten Verurtheilung sein kann. Es ist demnach mit einem selbstständigen vermögensrechtlichen Interesse bekleidet; während, abgesehen von der Fähigkeit und Legitimation der Subjecte, alle übrigen prozessualischen Stellungen von Prozeßhandlungen, und sofern mit diesen der Gebrauch eines Stoffes verbunden ist, auch von diesem abhängig sind, wenn sie auch ebenfalls auf den Ausfall des Prozesses influiren[6]). Wer dies mit Hän-

5) Ueber die Bemerkung von Savigny Besitz § 3. S. 14—16, daß die Befreiung von der Beweislast nicht Folge des Besitzes sei, vergl, dieses Archiv XXIV. S. 201. not. 8.

6) Eine von dieser auf ausserprozeßualischen Umständen beruhenden Beweispflicht verschiedene durch prozeßualische Handlungen begründete bloße Beweislast kann indeß auch dem Gegner des Beweispflichtigen obliegen. Denn sobald der Hauptbeweis geführt ist wird die directe Gegenbeweisführung in der That eine Beweislast, eben so wie der Beweis von Prämissen eine solche bloße Beweislast, selbst für den in Beziehung auf die Consequenzen beweispflichtigen Theil, für den der sich ihrer bedient (was ja eben auch eine Prozeßhandlung ist) bildet. Allein über diese bloße Beweislast wird nie durch das Beweis-Interlocut entschieden, wenn es sich auch in der Eigenschaft eines Beweisdecrets (vergl. unten § 4. not. 6) und indem es

den greifen will, braucht nur daran zu denken, wie häufig das begründete Recht wegen bloßen Beweismangel im Prozesse verloren geht. Um die aus dieser Deduction resultirenden Verschiedenheiten schärfer zu bezeichnen nennen wir es, gleich anderen außerhalb des Prozesses schon begründeten und mit einem eignen vermögensrechtlichen Werthe oder Interesse bekleideten Verhältnissen, ein substantielles Verhältniß: im Gegensatze der rein prozessualischen Stellungen, wovon es sich auch dadurch unterscheidet, daß es nicht nach prozessualischen Normen zu beurtheilen ist, wiewohl die Beurtheilung der von prozessualischen Handlungen abhängigen Bewiesenheit allerdings unter diesen Normen steht[7]). — Eine Bestimmung der Beweispflicht ist aber ohne einen Beweissatz eben so wenig möglich als eine Beweisauflage, wenn gleich eine ausdrückliche Feststellung desselben im Interlocute jene Möglichkeit nicht bedingt. Insofern nun der Beweissatz Zubehör der Beweispflicht ist, muß er mit dieser rechtskräftig werden, als Zubehör der prozeßleitenden Beweisauflage kann ihm aber diese Eigenschaft nicht beiwohnen. Denken wir uns nun einmal den Fall, daß der Beweissatz in jeder dieser beiden Beziehungen anders gefaßt, und so der Inhalt des prozeßleitenden Theils im Widerspruch mit dem einer rechtskräftigen Entschiedenheit, und zwar nicht bloß den Worten sondern dem Sinne nach, träte; so würden wir zwar nicht sagen können, daß dieser letztere wegen dieses Widerspruches nichtig sei, da die Nichtigkeit eines richterlichen Ausspruchs contra rem judicatam nur für Sentenzen vorgeschrieben sein kann, weil nach gesetzlichen Prozeßnormen eine prozeßleitende Verfügung deren Inhalt in einen solchen Widerspruch

---

in das Gebiet des Productionsbescheides hinübergreift darüber aussprechen kann, inwiefern sie in geeigneter Weise übernom- sein wird; worin aber nur eine Anticipation der Beurtheilung des Inhalts der Beweisantretung liegt, die der Rechtskraft unfähig ist. —

7) Vergl. m. Erört. zu Linde S. 37. 38. mit S. 483. not. 21.

treten könnte, nicht denkbar ist[8]). Allein wegen Mangel an Rechtskraft würde deren Abänderung immer noch verlangt werden können und das auf diese Verfügung gebaute Endurtheil würde, insofern es nicht etwa zufällig mit dem rechtskräftigen Satze in Einklang getreten wäre, nichtig sein[9]). Dieser Widerspruch fällt aber als unmöglich hinweg, wenn, wie bekanntlich in unserer Praxis es der Fall ist, der Richter den Beweissatz nur einmal ausspricht, und da es sich nicht rechtfertigen läßt seinen Ausspruch darüber als blos dem prozeßleitenden Theile des Interlocuts angehörig zu betrachten, so muß hier auch der Beweissatz mit der Beweispflicht in Rechtskraft übergehen. — Die Entscheidung über die Beweispflicht aber ist, wenn man sie von der Entscheidung über dasjenige, was im gegenwärtigen Prozesse noch streitig ist, trennt, von der Entscheidung über das Dasein eines Besitzes oder Quasi-Besitzes wesentlich dadurch verschieden, daß sie eine bloße Declaration der Rechtsnorm, nicht die Anerkennung eines concreten Verhältnisses enthält; eine Eigenschaft die, wie sich weiterhin zeigen wird der Rechtskraft ein besonderes Hinderniß bereitet. — Es ist nämlich hier nicht zu übersehen, daß die Regel über die Beweispflicht eine allgemeine für sämmtliche ihrer juridischen Gestaltung nach höchst

---

8) Allerdings kann die Ertheilung einer prozeßleitenden Verfügung dem Dasein einer Rechtskraft auch in anderen Fällen widerstreiten aber bloß aus dem Grunde weil ein Verfahren über den rechtskräftigen Gegenstand überhaupt nicht zulässig ist, und ganz abgesehen von dem Inhalt, der nur im Falle der Identität des Gegenstandes widersprechend sein kann; und eine solche Identität des Gegenstandes einer Decision und einer prozeßleitenden Verfügung findet sich eben nur in dem Beweis-Interlocute, wo das Entschiedene zugleich das fernere Verfahren normirt.

9) Denn beziehen die widersprechenden Sentenzen sich auf dasselbe Streitverhältniß, so tritt diese Nichtigkeit in jeder Beziehung ein. Vgl. m. Erört. zu Linde S. 75. not. 37. 38 S. 96 mit L. 1. C. quando provocare n. est necesse 7. 64. L. 9. C. de sent. et interloc. omn. jud 7. 45.

verschiedenartige Verhältnisse geltende Regel (ein Princip) ist, welches vor seiner Anwendung auf bestimmte Thatsachen noch erst einer dem Richter überlassenen Gestaltung zu einer speciellen Regel für die Gattung von Rechtsverhältnissen (das Rechtsinstitut), dem das in Frage stehende streitige Verhältniß angehört, einer besondern Ausbildung derselben z. B. für den zweiseitigen, den bedingten, Vertrag, für die Servitut und die Freiheit eines Gegenstandes, bedarf, ehe eine Anwendung auf die demselben angehörigen Thatsachen gemacht werden kann; und daß eine Unrichtigkeit in der Bildung dieser speciellen Regel nie eine bloße Iniquität, eine unrichtige Beurtheilung von Thatsachen nach richtigen Normen, sein kann. —

§. 3. Beweispflicht und Beweissatz, letzterer durch die Verbindung mit jener, sind also der Rechtskraft fähig; aber es versteht sich dabei von selber, daß sie nur wirksam eintreten kann, wenn die prozessualischen Voraussetzungen der Gültigkeit einer Sentenz vorhanden sind. In Ansehung des Gehörs der Partheien muß es hier genügen, wenn dasselbe über die thatsächlichen Momente stattgefunden hat, in Ansehung welcher die Beweispflicht und der Beweissatz festzustellen waren. Denn eine besondere Verhandlung über diese beiden letzteren Momente hätte keinen andern ihr eigenthümlichen Gegenstand, als die Ausbildung des Beweis-Princips zur speciellen Regel, worüber, als über eine bloße Rechtsfrage, es eines Gehörs der Partheien nicht bedarf. Beurtheilung nach Rechtsnormen, Uebereinstimmung mit den Verhandlungen, Möglichkeit des Gegenstandes und Erkennbarkeit des von dem Richter beabsichtigten Sinnes, sind wesentliche Erfordernisse einer jeden Sentenz. — Beurtheilt der Richter Beweispflicht, Beweissatz oder Bewiesenheit nach Normen die für ihn als geltende Rechtsnormen gar nicht existiren, so ist die Sentenz nichtig in so weit sie darauf beruht[1]). Nimmt er Umstände in

1) Ueber diesen Nichtigkeitsgrund und die Controverse ob die daraus entspringende Nichtigkeit eine heilbare oder eine unheilbare sei. m. Erört. zu Linde S. 79. 80.

das Beweisthema auf, die in den Verhandlungen überall nicht zur Begründung eines Anspruchs aufgestellt sind, so ist die Beweisauflage hinsichtlich ihrer nur insofern gültig, als noch ein Nachbringen dieser Umstände von Seiten der als beweispflichtig behandelten Parthei statthaft ist[2]). Ist ein Beweis über solche Thatsachen gefordert welche nach allgemeiner menschlichen Erkenntniß unmöglich oder doch dieser Erkenntniß unzugänglich sind, so muß eben sowohl Nichtigkeit eintreten als wenn durch Widersprüche in den verschiedenen Theilen der Beweisauflage die Absicht des Richters der Erkenntniß anderer unzugänglich gemacht ist[3]). Prüft man nach diesen Grundsätzen die verschiedenen Arten der mangelhaften Beweis-Interlocute, welche man aufzuzählen pflegt[4]), so ergibt sich Folgendes. Irrelevante Beweisauflagen, d. h. solche welche den Beweis eines Umstandes fordern, der nach der rechtlichen Natur der streitigen Verhältnisse zu dessen Begründung überall nicht geeignet sein kann, sind, abgesehen von dem Falle wo ein solcher Umstand als (willkührliche und eigentliche) Bedingung in Betracht kommt,

---

2) Dann ist nicht über den Stoff der Verhandlungen sondern über etwas anderes entschieden und die Sentenz würde schlechthin nichtig sein (vgl. m. Erört. zu Linde S. 77.) wenn sie sich nicht noch bloß in dem abstracten Gebiete der speciellen Regel bewegte; während sie in diesem von dem Stoffe der Verhandhandlungen unabhängiger Gebiete ihre Gültigkeit an und für sich zwar bewahrt, insofern sie nicht contra jus in thesi verstößt, aber die Unzuläßigkeit (dagegen indeß Leyser spec. 468 med. 18. Weber a. a. O. II. § 12. S. 27—29) der auf sie gestützten eine nachträgliche Substantiirung gestattenden (vgl. unten § 9) Anordnung sie unwirksam machen kann.

3) Denn so wie eine verurtheilende Definitiv-Sentenz in solchem Falle unexequirbar ist (vgl. m. Erört. zu Linde S. 76. 77.), so ist auch die Beweisauflage unbefolgbar.

4) Vgl. Gensler Arch. f. civ. Praxis I. S. 373 ff. Comm. zu Martin I. S. 306. Götz Arch. f. civ. Praxis VI. S. 163 ff. v. Linde a. a. O. §. 243. not. 15. Schmid Handb. II. S. 169 ff.

immer contra jus in thesi gesprochen [5]), weil dieser Mangel nur in der Bildung der speciellen Beweisregel und nie in einer unrichtigen Beurtheilung der Thatsachen seinen Grund haben kann. Denn unrichtige Beurtheilung der Thatsachen setzt eine Subsumtion derselben unter an sich richtige aber für sie nicht geltende Rechtsnormen voraus; die hier nur durch eine Verwechslung eines der Rechtsnorm nicht entsprechenden vorhandenen Thatumstandes, mit dem fehlenden ihr entsprechenden Thatumstande [6]), und in Ansehung der Beweisauflage nur vermittelst unrichtiger Interpretation der Partheivorträge [7]) möglich ist. Denn kann auch die irrelevante Beweisauflage immer nur dadurch vermittelt sein, daß eine unrichtige Beurtheilung in Beziehung auf die begründende Wirkung der Thatsachen stattgefunden hat; und kann eine solche Beurtheilung in anderen Fällen nur dann nichtig sein, wenn es nachgewiesen wird, daß eine an sich unrichtige Rechtsnorm dabei zur Richtschnur genommen war, so muß sie hier doch immer dahin geführt haben, daß eine unrichtige specielle Beweisregel gebildet worden ist, z. B. wenn der Richter den Vertrag und die Tradition des verkauften Gegenstandes nicht für genügend zur Begründung des Anspruchs auf Bezahlung des Kaufpreises hält, und so zu der speziellen Beweisregel für den Kauf gelangt, daß der Käufer auch diejenigen Thatsachen erweisen müsse, die sein Eigenthum begründen. Die Beweisauflage ist ihrer Natur nach nichts anders, als Declaration einer Rechtsvorschrift, und es erscheint eine bloße Iniquität überhaupt nur bei einer solchen Sentenz möglich, welche ihren Gegenstand in con-

5) Daher ist es denn auch richtig, wenn das Anhaltische Gesetz (vgl. oben §. 2. not. 3.) Beweisauflagen unschlüssiger Thatsachen die Rechtskraft abspricht.

6) L. 1. §. 2. D. quae sent. sine appellat. rescind. 49. 8. L. 2. D. quando provocare n. est nec. 7. 64. vgl. mit L. 32. D. de re jud. 42. 1. und m. Erört. zu Linde S. 100. 101. not. 12.

7) M. Erört. zu Linde S. 79. — Auf anderm Wege könnte es nur durch Abweichung von dem Inhalte der Verhandlungen geschehen, wo Nichtigkeit eintreten müßte.

creto entscheidet, d. h. unter Anerkennung des Daseins seiner factischen oder Grundlage des Gegentheils, also nur bei solchen die ein Rechtsverhältniß, einen Besitz, eine Beweispflicht, definitiv anerkennen oder aberkennen, oder absolviren oder condemniren. Denn so lange eine Beurtheilung sich noch nicht auf concrete Thatumstände stützt, bleibt sie im Gebiete des Abstracten, wo sie immer nur Rechtsregeln, wenn auch mit speciellerer Beziehung auf die besondere Gestaltung einzelner Verhältnisse als sie in den Gesetzen sich findet, bilden kann. In diesem Gebiete, dem auch die Beweisauflage angehört, muß jede unrichtige Folgerung contra jus in thesi sein, und zwar auch dann wenn die Ausbildung jener speciellen Regel als solcher dem Richter gar nicht zum Bewußtsein gekommen ist, weil er ja deren Inhalt zur Befolgung im concreten Falle dessenungeachtet vorgeschrieben und somit jedenfalls eine Regel angewendet hat die keine richtige, oder vielmehr gar keine, Rechtsregel ist [8]). Nur insofern verläßt die Beweisauflage das Gebiet des Abstracten als sie den Vorträgen der Partheien den Stoff entnimmt, auf den sie jene specielle Regel anwendet und den sie in das Beweisthema hinübernimmt; und hier kann, wie vorhin bemerkt, bei der Aufstellung eines speciellen Beweisthema eine bloße Iniquität durch unrichtige Interpretation der Vorträge begangen werden, wenn nämlich die Beweisauflage dennoch relevant geblieben ist. Daß aber in dem entgegengesetzten Falle die Concurrenz einer solchen Iniquität mit einer Irreleranz die durch die letztere hervorgerufene Nichtigkeit nicht hebt, versteht sich von selber. — In Ansehung des Beweises von Prämissen ließe sich zwar ebenfalls eine Iniquität durch Unrichtigkeit der Folgerung ohne Verstoß gegen die specielle Beweisregel denken. Allein sie können nie Gegenstand einer Beweisauflage sein, und wenn über ihre Schlüssigkeit in Fredorm einer Beweisauflage abgesprochen wird, so ist dieser

8) Vgl. m. angef. Erört. zu Linde S 8.

Ausspruch weiter nichts, als ein anticipirter Productionsbescheid. —

§. 4. Mag man nun die sententia contra jus in thesi als heilbar oder als unheilbar nichtig betrachten, so ist sie doch immer nichtig, und von der sententia iniqua dadurch verschieden, daß der Richter, welcher sie aussprach, immer noch mit ihr in Widerspruch treten kann. Und wenn man auch dann, wenn selbst in Folge einer Nichtigkeitsbeschwerde durch einen höhern Richter eine Abänderung nicht mehr zulässig ist, auch dem Richter der ersten Instanz eine solche nicht ferner gestatten kann [1]), so ist eine solche Sentenz zwar in dem Sinne rechtskräftig, daß sie exequirt werden kann; allein ob sie auch in dem Sinne rechtskräftig sey, daß der durch dieselbe entschiedene Punkt wider Willen einer der Partheien nie wieder ein Gegenstand des Streites und der Entscheidung unter ihnen werden könne, auf welche Rechtskraft es hier allein ankommt, ist damit noch gar nicht gesagt [2]). Man wird sonach dahin geführt, daß die irrelevante Beweisauflage nach 10 Tagen oder nach 30 Jahren, je nachdem man die Nichtigkeit der sententia contra jus in thesi als eine heilbare oder als eine unheilbare [3]) betrachtet, oder wenn die Nichtigkeitsbeschwerde deshalb ausgeschlossen ist, weil es an einer Instanz für deren Anbringung fehlt; zwar für die Partheien unanfechtbar nicht aber für den Richter bindend sey [4]), eine Modification, welche nach neueren Particulargesetzen [5]) zuweilen für die Rechtskraft der Beweis-

1) M. Erört. zu Linde S. 100. Vgl. Maranta l. c. no. 9.
2) Ebendas. S. 487—489.
3) So Götz in dies. Arch. VI. S. 179 ff. wiewohl aus anderm Grunde.
4) Termineus l. c. §. 1. Maranta l. c. no. 7.
5) So erklärt das Nassauische Gesetz v. 23. April 1822. §. 98. Beweis-Interlocute für nicht präjudiciell (vgl. v. Linde Handb. IV. S. 168), während Appellation dagegen gestattet ist. Dasselbe gilt im Französischen Prozeß. Vgl. unten §. 8. not. 4. 5. Es steht dann in Beziehung auf Appellabilität und Rechtskraft das Beweisthema dem Productionsbescheide gleich.

Interlocute überhaupt gilt. Legt man ihr nicht den Sinn unter, daß nur eine Absonderung der Anfechtung des Beweis-Interlocuts von der Definitiv-Sentenz ausgeschlossen, dieselbe aber nach dieser noch immer zulässig sey [6]), so ist sie zwar an sich inconsequent, aber dennoch eine consequente Folge der gewaltsamen Heilung von Nichtigkeiten durch Zeitablauf [7]). Eine mit der irrelevanten Beweisauflage im Widerspruche stehende Definitiv-Sentenz ist also aus diesem Grunde nie nichtig. Folgt aber der Richter bei der Definitiv-Sentenz der irrelevanten Beweisauflage, so ist diese ebenfalls contra jus in thesi gesprochen so weit sich der Einfluß dieser letztern erstreckt, es sey nun der Grund davon die irrige Ansicht von ihrer Relevanz oder die von ihrer Unabänderlichkeit; weshalb denn auch, wenn die irrelevante Beweisführung desert wird, ungeachtet der Unanfechtbarkeit dieser Desertion die auf sie gegründete Definitiv-Sentenz nichtig seyn muß. — Demnach bedarf es eines besondern Rechtsmittels gegen die irrelevante

---

6) So nach dem Großherz. Hess. Entwurf v. 1826: v. Linde a. a. O. IV. S. 153. Dann wird aber die Möglichkeit eines abgeänderten Beweis-Interlocuts nach der Definitiv-Sentenz nicht vermieden, und es ist allen Unzuträglichkeiten derselben der Eingang gestattet. Vgl. oben §. 1. not. 5 und 9 und v. Linde a. a. O. IV. S. 274 ff.

7) Ist dann die Heilung der Nichtigkeit eingetreten, so kann es nie mehr zu einem Beweis-Interlocute kommen, weil das Stadium, in dem ein solches erfolgen können, vorübergegangen ist. Findet demnach der Richter noch eine Beweisführung erforderlich, so kann er sie nicht auferlegen, sondern nur nachlassen, d. h. sie gestatten ohne über die Beweispflicht und den Inhalt des Thema zu entscheiden, oder statt des die Rechtsmittel gegen Sentenzen zulassenden Beweiserkenntnisses ein diese ausschließendes Beweisdecret erlassen (vgl. über dieses, als Surrogat des Beweiserkenntnisses überhaupt: v. Linde a. a. O. IV. S. 274 ff). Insofern dieses Decret sich über Beweislast und Beweisthema ausspricht, kann dieser Ausspruch nur die Natur eines Productionsbescheides haben. Vgl. oben §. 2. not. 5.

Beweisauflage überall nicht, so wie denn auch bei den Vorschriften der Reichsgesetze über die Nichtigkeitsbeschwerde an das ihnen noch unbekannte Beweis-Interlocut im heutigen Sinne nicht gedacht seyn kann. Eine auf unmögliche Thatsachen gerichtete Beweisauflage ist immer schlechthin irrelevant. — Unvollständige Beweisauflagen sind, insofern die Unvollständigkeit nicht bloß in der Uebergehung eines von mehreren cumulirten gleichgeltenden Thatumständen besteht, zugleich irrelevante, indem die Beweisauflage nur dann relevant seyn kann, wenn die Thatumstände worauf sie gerichtet ist, zur vollständigen Begründung des in Frage stehenden Prozeßmittels genügen, insofern nicht etwa die übergegangenen schon zur Gewißheit gebracht und diese Eigenschaft derselben anerkannt ist[8]). So wie diese Art der Unvollständigkeit die ganze Beweisauflage, so muß auch eine Ueberladung des Beweissatzes durch eine conjunctive Cumulation gleichgeltender relevanter Thatumstände in Ansehung dieser eine alternative Irrelevanz herbeiführen, in dem Sinne, daß die Bewiesenheit des einen Umstandes die Irrelevanz der Auflage des andern herbeiführt[9]). Sind alle diese Beweisauflagen aus demselben Grunde nichtig, so gibt es andere, welche wegen Unmöglichkeit der Befolgung eine jedenfalls unheilbare Nichtigkeit an sich tragen, die auch

---

8) Könnte man in einem bloßen Uebergehen eine solche Anerkennung finden, so würde man solche Beweisauflagen der Rechtskraft fähig erklären; und nimmt man an, daß das Anhaltsche Gesetz (vgl. oben §. 2. not. 3) davon ausgegangen sey, daß das bloße Uebergehen als eine solche Anerkennung gelten müsse, wenn der Producent sich dabei beruhige, so ist seine Bestimmung, daß eine solche Beweisauflage rechtskräftig werde, wenn der Producent nicht innerhalb 10 Tagen dagegen protestire, vollkommen consequent; wenn sie nämlich auf den Fall beschränkt seyn soll, wo das Prozeßmittel gehörig substantiirt worden.

9) Man pflegt die überladenen Beweisauflagen, zwar, gleich den unvollständigen, von den irrelevanten zu unterscheiden, aber dennoch den letzteren gleich zu behandeln. Vgl. das Anhaltische Gesetz (oben §. 2. not. 3.) a. a. O. S. 432.

durch Zeitablauf nicht gehoben werden kann und schon deßhalb den Gebrauch irgend eines Rechtsmittels überflüssig machen; so wie denn Nichtigkeiten dieser Art ebenfalls nicht bei den reichsgesetzlichen Bestimmungen über die Nichtigkeitsbeschwerde in's Auge gefaßt zu seyn scheinen[10]). Diese sind unverständliche Beweisauflagen zu denen auch die widersprechenden gehören, weil von ihnen nur Eine bestehen, und man nicht wissen kann, welche von beiden nach der Meinung des Richters bestehen soll[11]).

Das Hinwälzen der der Beweispflicht in Ansehung eines relevanten und verständlichen Beweissatzes auf eine Parthei der sie nicht obliegt, kann aber auch in einer Iniquität ihren Grund haben, wenn sie auf der Annahme eines nicht vorhandenen Besitzes oder Quasi-Besitzes beruht, oder auf einer unrichtigen Beurtheilung der Gewißheit der Prämissen einer gesetzlichen Präsumtion, oder auf einer Verwechslung der Affirmation einer Thatsache mit einer Negation sofern sie nicht Folge einer unrichtigen Bildung der speciellen Beweisregel ist; und eine in dieser Beziehung unrichtige Beweisauflage kann allerdings im eigentlichen Sinne rechtskräftig werden und wegen ihrer Unrichtigkeit nur durch den Nachweis als richtig angefochten werden, daß contra jus in thesi gesprochen sey: ein Nachweis dessen es bei irrelevanten Beweisauflagen nicht bedarf, weil sich diese Eigenschaft hier von selber versteht, und der bei unverständlichen Auflagen ebenfalls überflüssig ist, wenn er hier überall möglich seyn sollte. —

§. 5. Als ein wesentliches Argument für die Entscheidung der Frage über die Rechtskraft des Beweis-Interlocuts hat man dessen bedingendes Verhältniß zur Definitiv-Sen-

---

10) M. Erörterungen zu Linde S. 72. 73. not. 26. S. 77. not. 47.

11) Neben den widersprechenden auch noch lächerliche zu unterscheiden (Gensler in dies. Arch. I. S. 374. not. * * v. Linde Lehrb. §. 245. not. 15. Schmid Handb. S. 112. not. 35.) erscheint unpassend. — Was ist denn im Rechtssinne lächerlich?

tenz, auch an sich, abgesehen von der Appellabität einer sententiae vim definitivae habens, zuweilen betrachtet; theils weil es selber schon eine bedingte Definitiv-Sentenz sei [1]), wodurch denn die Folgerung gegeben ist, daß es eben so die Rechtskraft beschreite wie diese, eine Folgerung die wenigstens dann dabei zum Grunde zu liegen scheint, wenn man dazu verlangt, daß die Definitiv-Sentenz, schon ausdrücklich, wiewohl nur bedingt oder alternativ, in ihm ausgesprochen sei [2]); theils indem man die Beweisauflage selber nach der über Bedingungen bei Verträgen geltenden Regeln beurtheilt hat [3]). Bei der erstern Betrachtungsweise erscheint die Classe der unverständlichen Beweisauflagen von selber von der Rechtskraft ausgeschlossen [4]) die Nichtigkeit irrelevanter Beweisauflagen wird aber mit ihr nicht vereinbar gehalten [5]). Von dem letztern Gesichtspunkte aus

---

1) Mittermaier. Beitr. II. S. 142 und in dies. Arch. VI. S. 166. IX. S. 136. Guyet a. a. O S. 420.

2) Heffter Institutionen S. 371. Das angef. Anhaltische Gesetz a. a. O. S. 432. läßt in diesem Falle das Erkenntniß seinem ganzen Umfange nach rechtskräftig werden. Allein hier eine vollständigere Rechtskraft anzunehmen, als in dem, wo das Beweis-Interlocut ohne Hinzufügung einer solchen Definitiv-Sentenz erlassen ist, würde sich nur begründen lassen, wenn diese Definitiv-Sentenz unabhängig von der Beweisauflage in Rechtskraft treten und dann dieser ihre Rechtskraft mittheilen könnte. Dabei würde man aber Unabhängigkeit und Abhängigkeit beider von einander zugleich annehmen und so in einen Widerspruch verfallen, der die Unhaltbarkeit einer solchen Begründung zeigt. — Anders wäre es bei einer schlechthin verurtheilenden oder freisprechenden Definitiv-Sentenz. Vgl. unten §. 6. not. 5. Allein dann wenn gegen die Definitiv-Sentenz ungeachtet ihrer Nichtigkeit kein Rechtsmittel mehr zulässig ist, befindet sich die Beweisauflage in gleichem Verhältnisse Vgl. unten §. 8. not. 20.

3) Vgl. die §. 4. not. Citirten.

4) Denn diese Eigenschaft hebt ja selbst die Gültigkeit einer Definitiv-Sentenz auf. Vgl. indeß unten §. 8. not. 20.

5) Mittermaier in dies. Arch. IX. S. 147.

müßten aber unmögliche Beweisauflagen vollkommen gültig sein, wiewohl eine solche Beweisauflage einem definitiven Urtheile zum Nachtheile der als beweispflichtig behandelten Parthei gleich stehen würde [6]); und es muß als ein Irrthum betrachtet werden, wenn selbst bei dieser Betrachtungsweise die Ungültigkeit einer solchen Beweisauflage angenommen wird [7]). Richtig ist eine Sentenz solches Inhalts, aber entschieden [8]); und also dadurch schon ein triftiger Grund dafür gegeben, daß hier, bei einem durch den an die rechtliche Natur des streitigen Verhältnisses gebundenen Richter aufgestellten bedingenden Momente andere Grundsätze entscheiden müssen, als bei davon unabhängigen durch bloße Willkühr der Interessenten wirksamen Bedingungen, welche eben durch diese Willkühr relevant werden [9]). — Daher erscheint es denn wiederum von diesem Gesichtspunkte aus nicht haltbar irrelevante Beweisauflagen für nichtig zu erklä-

---

6) Denn es können hier doch jedenfalls nur die Grundsätze der Bedingungen zur Anwendung kommen, welche bei Verträgen gelten. Vgl. L. 7 D. de V. O. und and. Stellen bei Thibaut. System d. P. R. §. 92.

7) Vgl. die Citate §. 4. not. 11.

8) L. 3. D. quae sent. sine appell. 49. 8.

9) Man sage hier doch nicht: die Parthei erscheine als zustimmend, wenn sie sich der ihr zu Gebote stehenden Rechtsmittel nicht bediene, und es sey dann die Bedingung als durch ihre Willkühr hinzugefügt zu betrachten. Denn diese Art der Willkühr würde nichts anders seyn, als ein gänzlicher Verzicht auf das Prozeßmittel, auf welches die Beweisauflage sich bezieht; und er muß nothwendig durch den Glauben an die Möglichkeit der Erbringung des Beweises ausgeschlossen seyn. Fehlt aber dieser Glaube, so kann gar keine ernstliche Zustimmung angenommen werdan (arg. L. 34. §. 3. init. de contr. emt. 18. 1.); und es muß, so wie bei zu erwerbenden Rechten der Erwerb, hier, bei erworbenen Rechten, deren Verlust, wegen Mangel einer ernstlichen Zustimmung unmöglich werden. Ist die Beweisauflage in letzter Instanz erfolgt, so fällt überdies jeder Anknüpfungspunkt für eine solche Zustimmung hinweg.

ren, wie es dennoch geschieht[10]). — Die Nichtigkeit irrelevanter Beweisauflagen würde aber verneint werden müssen, wenn man es versuchte, die Gültigkeit der Beweisauflage aus einer vertragsmäßigen Unterwerfung der Partheien zu rechtfertigen. Eine solche kann daher von den Urhebern dieser Ansicht nicht zum Grunde gelegt sein; während sie doch, da der richterlichen Willkühr die Kraft fehlt dem Irrelevanten die Eigenschaft der Relevanz zu verleihen, das einzige Moment wäre, welches die Anwendung der Grundsätze über Bedingungen rechtfertigen könnte.

Jener ersten Ansicht steht nun entgegen, daß, wenn der Inhalt des Beweis-Interlocuts in der Definitiv-Sentenz, eben so ausgedrückt wäre wie in dieser, z. B. wenn es in dem Urtheile über einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises nach verstrichener Beweisfrist und ohne vorhergegangene Beweisauflage hieße: daß Kläger schuldig sei sein Eigenthum, oder genauer die zur Begründung desselben dienenden Thatsachen, an dem verkauften Gegenstande zu erweisen, und da er dieses nicht gethan, die Klage abzuweisen sei; das Definitivurtheil eben so nichtig sein würde, wie die Beweisauflage in einem besondern Beweis-Interlocut es gewesen; und im Falle der Uebergehung der Beweisauflage nur der Unterschied eingetreten wäre, daß dem Urtheil der Ausdruck der Nichtigkeit mangelte und zur Anfechtung desselben diese noch eines Nachweises bedürfte, während sie im Beweis-Interlocut klar zu Tage liegt. — Das, was gegen die zweite Ansicht redet, kann nach dem vorhingesagten darauf zurückgeführt werden, daß die Rechtskraft einer Sentenz ihren Grund nicht in einer vertragsmäßigen Unterwerfung der Partheien oder einem Verzichte hat, sondern eben darin, daß nach den Prozeßregeln ein fernerer Streit nicht mehr statthaft ist[11]); und davon tritt selbst dann keine

10) v. Linde a. a. O. §. 445. not. 15.

11) M. Erört. zu Linde. S. 477. 478.

Ausnahme ein, wenn eine Parthei durch Unterlassung der Ergreifung oder Verfolgung eines Rechtsmittels, durch eine Erklärung sich desselben nicht bedienen zu wollen, oder durch eine Anerkennung der Sentenz, den Eintritt der Rechtskraft herbeiführt ehe sie von allen möglichen Rechtsmitteln dagegen Gebrauch gemacht hat, indem der Grund davon nur das einseitige Aufgeben des Streites ist, wozu es eines Consenses unter den Partheien, einer Acceptation von Seiten des Gegners, überall nicht bedarf. —

§ 6. Eine im Vorhergehenden bei Seite gesetzte Bedeutung des Beweis-Interlocuts ist die einer stillschweigenden Anerkennung der Begründetheit der Prozeßmittel in Ansehung deren Grundlage die Beweispflicht ausgesprochen ist. Diese Bedeutung kann indeß wenigstens in Ansehung der Klage nicht ihm ausschließlich beigelegt werden. Denn dem ersten die Klage zur Vernehmlassung mittheilenden Decrete kommt sie eben so gut zu; und wenn in dem üblichen Verfahren die erforderliche Consequenz obwaltete, so würden bei Mittheilung der Einreden u. s. w. zur Vernehmlassung die unbegründet gefundenen von der Mittheilung zu diesem Zwecke ausgeschlossen werden, und dann sämmtlichen Decreten, welche Vernehmlassung über aufgestellte Prozeßmittel fordern, in Ansehung derselben eine gleiche Bedeutung beiwohnen. Allein daß es damit ganz anders hergeht, ist bekannt. Beweis-Interlocute in dieser Gestalt, als Erklärungen der Zulässigkeit der Beweisführung einer bestimmten Parthei finden sich schon in dem Verfahren, welches die Sächsischen Richtsteige darstellen [1]); und sie müssen im germanischen Verfahren, wo es ein prozessualischer Vortheil ist, Beweis führen zu dürfen [2]), immer einen wesentlichen Theil der richterlichen Aussprüche gebildet haben. — Es ist aber

---

1) Vgl. Richtsteig des Landrechts C. 16. 24. m. angef. Erört. S. 354. not. 37.

2) M. Aufs. in d. Zeitschr. f. deutsches R. V. H. 1. §. 1. not. 24. mit § 2. not. 39.

dabei zu erwägen, daß der germaniſche Schöffe in ſeiner Function auch gültige Erkenntnißquelle der Rechtsnorm für den einzelnen Fall iſt; welche Eigenſchaft durch die Belehrung von zugezogenen Rechtskundigen auch keineswegs aufgehoben wird. Der Bedeutung dieſer Ausſprüche iſt daher die der heutigen richterlichen Decrete nicht gleichzuſtellen. Und dieſe haben, ſofern ſie den fraglichen Punkt betreffen, eine andere Bedeutung, wenn ſie durch Zulaſſung des Prozeßmittels das Verfahren über daſſelbe fortleiten, und eine andere wenn ſie als vim definitivae habentes daſſelbe beendigen. Aus einer Rechtskraft dieſer letztern folgt noch überall keine Rechtskraft der erſtern. Erſt dann, wenn man ſagen könnte daß durch erſtere, eben ſo wie durch letztere, der Richter ſich ſeiner Function in Anſehung des beurtheilten Punkts gänzlich entledige [3]), würde eine ſolche Folgerung begründet ſeyn. Dieſe Entledigung würde aber vorausſetzen, daß die Beurtheilung der Begründetheit und die der Bewieſenheit getrennte Reſultate zweier geſetzlich verſchiedener Prozeßſtadien wären, ſo daß, wenn auch dieſe Stadien gleichzeitig ſeyn, doch nie jene Beurtheilungen zu einer Einheit in demſelben Spruche in einander fließen könnten. An dieſer Vorausſetzung fehlt es aber gemeinrechtlich, und der Richter kann daher in einer ſpäteren Entſcheidung von dem zulaſſenden Ausſpruche abweichen, ohne dadurch gegen eine res judicata zu verſtoßen. Er kann alſo noch immer, auch wenn der Beweis ſämmtlicher zum Grunde gelegter aber zur Begründung ungeeigneter Thatſachen erbracht worden wäre, dennoch die Klage abweiſen und der Einrede u. ſ. w. die Wirkſamkeit verſagen. Es entſteht aber die Frage: ob er ſich hier auch noch bei der Abweiſung der Klage des Zuſatzes: angebrachtermaßen bedienen kann? — Die Stellung des Richters iſt hier die: er hat, ſtatt das Verfahren in einem einzigen Stadium zu beendigen, daſſelbe in zwei Stadien getheilt, und wenn gleich aus einem unrichtigen materiellen

3) M. Erört. zu Linde. S. 478. 479.

Grunde, doch in prozessualisch zulässiger, wenn auch nicht gebotener Weise. Die Trennung ist hier eine Iniquität, aber keine Nullität; und wenn auch die Iniquität wiederum durch ihn selber gehoben werden kann, so kann die einmal geschehene Trennung doch auch im Rechtssinne nicht wieder ungeschehen gemacht und die prozessualische Lage des vorübergegangenen Stadium wiederum erreicht werden. An dieses Stadium ist aber die rechtliche Möglichkeit einer solchen Abweisung gebunden. Denn wenn sie auch vor dem Beweisinterlocute ungeachtet ihres Widerspruches mit der durch die Mittheilung zur Vernehmlassung geschehenen Zulassung der Klage rechtlich möglich erscheint, weil diese Zulassung bloß prozeßleitender Natur ist und daher von dem Richter der sie verfügte wiederum vernichtet werden kann; so läßt doch die decisive Natur des Beweisinterlocuts keine derartige Vernichtung, sondern nur bei mangelnder Fähigkeit zur Rechtskraft eine Abweichung von ihrem Inhalte zu [4]). Da-

4) Man wird sagen: dann sei es ja eben so gut, als ob das frühere Erkenntniß gar nicht existire und es müsse ja denn doch, zum Zwecke der ferneren Entscheidung, wenigstens tacite oder implicite ein neues Erkenntniß an die Stelle des frühern gesetzt werden, oder sei vielmehr durch den Widerspruch des spätern mit dem frühern gegeben. Im prozessualischen Sinne ist dieß aber nicht der Fall, sondern der Ausspruch, welcher im ersten Stadium Entscheidung war, wird, und zwar mit entgegengesetztem Inhalte, bloßer Entscheidungsgrund; während, wenn am Schlusse des ersten Verfahrens sofort definitiv entschieden worden wäre, jener Ausspruch über die Begründetheit allerdings ein besonderes Glied der Entscheidung selber neben dem definitiven Ausspruche gebildet haben würde. — Die prozessualische Existenz des Beweis-Interlocuts wird also durch die spätere Abweichung von seinem Inhalte nicht aufgehoben, während dieß allerdings der Fall in Ansehung des die Vernehmlassung auf die Klage verfügenden Decrets ist, wenn nach demselben eine Abweisung mit dem Zusatze: angebrachtermaßen, erfolgt, indem dadurch sämmtliche prozessualische Folgen der Zulassung der Klage rückgängig werden, wenn man von den zu den prozessualischen Folgen in der reinen Bedeutung nicht einmal zu zählenden Kostenpunkte absieht.

gegen kann man nicht einwenden, daß es eine Ungerechtigkeit gegen den Beweispflichtigen sey, ihn definitiv abzuweisen, da er ja noch möglicherweise seinen Anspruch durch relevante Thatsachen unterstützen könne. Denn sind diese Thatsachen von der Art, daß die Identität des jetzt mit einer ungenügenden Substanz in judicium deducirten concreten juridischen Factums oder Rechtsverhältnisses [5]), deren Identität in objectiver Hinsicht allein über die Zulässigkeit der rei judicatae exceptio entscheidet [6]), dadurch aufgehoben wird; so steht ihm ungeachtet der definitiven Abweisung dennoch eine andere Klage selbst in Ansehung desselben Objects zu [7]); so daß man, wenn man überall auf richtige Behandlung zählen könnte, den Zusatz: angebrachtermaßen, gänzlich verwerfen sollte [8]). Denn wenn die Abweisung vor der Einlassung des Beklagten erfolgt, so versteht sich die Zulässigkeit der wiederholten Klage ganz von selber; indem dann über den Grund der Klage selber noch überall nicht entschieden [9]), sondern nur über die Art und Weise der Klagenstellung abgesprochen werden kann, wobei die Begründetheit derselben nur als ein prozessualisches Erforderniß der Zulässigkeit der Klage in Betracht kommt. Und erfolgt sie nach der Ein-

---

5) Vgl. m. Erörter. zu Linde S. 494. 495.

6) Denn die Identität der natürlichen Thatsachen, der Substanz des Prozeßmittels, kommt nur insofern in Betracht, als sie die Identität des juridischen Factums oder Rechtsverhältnisses zeigt, indem, wenn sie dazu nicht geeignet ist, sie auch die exceptio rei iudicatae nicht begründen kann. Vergl. m. Identität und Connexität der Rechtsverhältnisse u. s. w. §. 6. a. E. S. 170. §. 7. S. 171 ff. §. 9. S. 225 ff. §. 10. S. 247 ff. m. Aufs. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 178; m. Erörter. zu Linde S. 407—409. not. 17.

7) M. Identität u. s. w. §. 10. S. 259.

8) So lange die Beurtheilung der Identität in der Anwendung nicht fester geworden ist, als es bis jetzt der Fall zu sein scheint, bleibt seine Verwerfung noch bedenklich.

9) So schon Odofredus in L. un C. de confessis: „sententia non fertur lite non contestata."

lassung so ist, wenn das bisherige Verfahren gültig, das Offenhalten einer neuen Klage aus demselben Verhältnisse, ungeachtet der prozessualischen Möglichkeit, doch eine Iniquität gegen den Beklagten[10]).

§ 7. Da kein gesetzliches Gebot des allgemeinen Rechts dem Richter die Ertheilung eines Beweis-Interlocuts vorschreibt, so kann man einestheils dessen Verpflichtung dazu und anderntheils auch noch die Zweckmäßigkeit eines solchen in Frage stellen; wenn man nämlich von der durch den Zweck des Prozesses gebotenen Festsetzung einer Beweisfrist absieht. — Was nun die Verpflichtung betrifft, so erscheint, wenn man von Entscheidungsgründen ab und bloß auf den Inhalt des Urtheils sieht, das Aussprechen von Rechtsnormen keineswegs als eine solche, und das etwa erforderliche Bilden derselben gehört nur zur Vorbereitung des Richters selber für die Function der Beurtheilung. Nimmt man aber auch einmal an, daß der Richter verpflichtet sey, den Partheien das Beweisthema zu benennen[1]); so ist diese Benennung an und für sich selber nichts weiter als die Aufstellung eines zukünftigen Entscheidungsgrundes für das Urtheil über den Beweis, und ist sonach an und für sich eben so wenig der Rechtskraft fähig, als wenn es in Verbindung mit der Anordnung einer Beweisführung Bestandtheil eines bloßen Beweisdecrets wird, und so die Eigenschaft einer Anticipation des Productionsbescheides erlangt. Es folgt daraus aber noch keine Pflicht des Richters die Aufstellung dieses Thema durch den Ausspruch der Beweispflicht und die dadurch hergestellte Verbindung mit dieser zu einer der Rechtskraft fähigen, die Begründetheit des Prozeßmittels auf welches die Beweispflicht sich bezieht, umfassenden und das bisherige Verfahren abschließenden Decision zu erheben. Eine andere Frage ist die nach der Zweckmäßigkeit der Aufstellung des (speciellen) Beweisthema durch den Richter. Von diesem Gesichtspunkte aus scheint sie bei einer regel-

10) Vgl. unten §. 9. nach not. 3.

1) Mittermaier, Beitr. H. 2. a. a. O. u. dies. Arch. VI. S. 179.

rechten Prozeßführung überflüssig zu seyn. Sondern nämlich die Partheien oder ihre Sachführer dasjenige, was zur Begründung oder Substantiirung des in Frage stehenden juridischen Factums oder Rechtsverhältnisses dient, von demjenigen gehörig aus, was nur zur Bestimmung der Identität desselben gehört [2]) oder nur zur Aufklärung für den Richter, oder etwa zur Begründung eines künstlichen Beweises vorgebracht wird, und läßt sich der Gegner gehörig darauf ein, hat der Richter unbegründete Prozeßmittel gleich bei ihrem Anbringen verworfen, so bedarf es nur einer Vergleichung der beiderseitigen Vorträge um das Beweisthema zu finden [3]), die Beweislast ergibt

2) Deren Absonderung wird deshalb nothwendig, weil sie noch deshalb keines Beweises bedürfen, daß sie geläugnet sind, sondern nur erst dann, wenn ein Streit über die Identität entsteht, der immer erst unter der Voraussetzung einer Gewißheit des übrigen, oder auf den Fall derselben, von prozeßhindernden Einreden abgesehen, von Relevanz sein kann; wenn gleich die Angabe solcher Merkmale, wohin namentlich Zeitverhältnisse dann, wenn von ihnen keine Gültigkeit oder Priorität abhängt, und Qualitäten der Subjecte und Objecte gehören, zur Sicherung der Beurtheilung der Beweisführung und desjenigen, was in iudicium deducirt ist, erforderlich werden kann. In Ansehung der Merkmale der Subjecte und Objecte fordern sehr genaue Angaben L. 6. D. de R. V. 6. 1. L. 1. §. 40. D. depositi 16. 3. L. 19. pr. §. 1—4. D. de furtis 47. 2.

3) Gesetzgebungen, welche keine Beweisauflagen, oder sie doch nur ausnahmsweise kennen, haben auch in der That das Ziel vor Augen gehabt, eine solche Darstellung von den Partheien zu erlangen, wiewohl es dabei an Bestimmtheit und Schärfe mangelt. Dahin gehören der J. R. A. §. 96. und die Oesterr. Ger.-Ordn. v. 1781. §. 12., welche verlangen, daß das Factum rein vorgetragen werde, und es untersagen resp. Disputationes und Allegationes Juris, oder einen Vernunftschluß, oder eine Rechtsstelle einzumischen. Gleiches will durch den Richter erlangen die Preuß. Allg. Ger.-Ordn. I. 10. §. 42., wenn sie die Aufnahme einer richtigen species facti in den status causae et controv. verlangt. Es fehlt nur eine Bestimmung der Natur des Factums und ein ausdrückliches Absondern derjenigen Facta, welche ihrer Natur nach nur durch Schlüsse und Subsumtion unter Rechtsnormen aufgefunden werden können. —

sich von selber aus der Erwägung was zur Begründung eines jeden Prozeßmittels gehört, und sind neben den relevanten noch irrelevante Thatsachen vorgebracht, so genügt es die auf sie gerichtete Beweisführung zu verwerfen wenn sie angetreten ist. Allein wem sind jene Verschiedenheiten, wem sind die Unterschiede zwischen den in Ansehung der Beurtheilung ihrer Gewißheit unter den Prozeßnormen stehenden und die Substanz der Prozeßmittel bildenden natürlichen Thatsachen und den nach civilrechtlichen Regeln zu beurtheilenden juridischen Thatsachen, der Unterschied zwischen diesen in der Vergangenheit liegenden Momenten und dem der Gegenwart angehörigen Rechtsverhältnisse, welche allein die richtige Behandlung des Stoffes des Prozesses zu sichern vermögen, so allseitig klar und geläufig, als es dieser Zweck erheischt? und welcher Sachführer behandelt seinen Stoff unter ihrer Leitung? welcher Richter ist sich dieser Unterschiede bei der Beurtheilung bewußt? und welche Gesetzgebung wäre im Stande bei dieser subjectiven Qualification der Träger des Prozesses eine verständige Prozeßführung herbeizuführen? [1]).

§. 8. Unter diesen Umständen scheinen denn freilich diejenigen Gesetzgebungen den richtigen Weg eingeschlagen zu haben, welche wie die Preussische [1]) und Würtembergische [2])

Ganz etwas Anderes als das Verbot einer Einmischung ist aber das gänzliche Untersagen von Rechtsdeductionen oder das Beschränken auf das Andeuten von rechtlichen Punkten. Vgl. darüber Mittermaier in dies. Arch. IX. S. 131.

4) Immerhin mag diese subjective Qualification eine objective Ursache haben. Diese kann aber der Gesetzgebung nicht vorgeworfen werden, da es hier auf Momente ankommt, die durch Doctrin oder Praxis ausgebildet werden müssen. Und so fällt die Ursache der Schwierigkeiten die die Abfassung eines Beweis-Interlocuts mit sich führt (vgl. v. Linde Handb. IV. S. 268. Würtemb. Motive S. 38. jedoch auch Guyet in dies. Arch. XV. S. 428), auf unsere Rechtsbildung zurück.

1) Allg. Ger. Ord. I. Tit. 9. §. 29. Tit. 25. §. 14.

2) Edict über die Rechtspflege v. 1818. §. 101. 150. Ausnahmsweise kommt indeßauch hier ein Definitiverkenntniß mit nachgelassenem Beweise vor: ebendas. §. 124. 151. Vgl. v. Linde a. a. O. IV.

das Beweis-Interlocut durch die gerichtsseitige Regulirung eines status causae et controversiae ersetzen und unter Zuziehung der Partheien dabei eine Basis der Beweisführung ermitteln; im Gegensatze des französischen Verfahrens in welchem jede Parthei durch ihre Conclusionen sich ihre besondere Basis für ihre Operationen bildet, der Richter aber unzulässige Beweisführungen verwirft und die nicht freiwillig unternommenen, wiewohl ohne Feststellung der Beweispflicht, durch ein Interlocut fordert[3]), gegen welches zwar Appellation gestattet ist[4]), aber ohne daß die Praxis es als bindend für den Richter anerkennt[5]). Läge die Schuld der mangelhaften Prozeßführung allein in dem durch das Interesse an deren längerer Dauer hervorgerufenen bösen Willen der Advocaten[6]), so müßte jene gerichtsseitige Regulirung des status causae et controversiae dem Uebel steuern; wenigstens dann wenn die Partheien persönlich vom Richter vernommen werden. Allein die bei dem Mangel an Interesse für den Ausfall der Sache herbeigeführte Gleichgültigkeit des Richters dürfte wohl jenem bösen Willen das Gegengewicht halten, und mit der dermaligen Stellung eines Richters größere Gewissenhaftigkeit und Fähigkeit verbunden zu halten, als mit der eines Advocaten, liegt gewiß kein Grund vor, dem nicht erhebliche Gegen-

---

S. 242 ff. S. 267 ff. und über andere Gesetzgebungen, welche die Regulirung eines status causae et controversiae aufgenommen haben ohne das Beweiserkenntniß zu beseitigen. Mittermaier in diesem Arch. IX. S. 127 ff.

3) Code de proced. civ. art. 252—254. mit art. 452.

4) Code de proced. civ. art. 451. Vgl. v. Linde a. a. O. IV. S. 135. 136. 254. 255.; indeß auch Guyet in diesem Arch. XV. S. 417.

5) Mittermaier in dies. Arch. IX. S. 137. not. 20—22. und das. Cit.

6) Wovon bekanntlich die Preußische Gesetzgebung bei Einführung der allgemeinen Landgerichtsordnung ausging.

gründe entgegenzusetzen wären[7]). So lange aber bei der Feststellung des status causae et controversiae die im §. 7. gedachten Verschiedenheiten des Stoffes nicht leitend sind, kann er auch keine sichere Basis der künftigen Verhandlung gewähren und wo sie die Prozeßführung beherrschen da ist der status causae et controversiae wiederum eben so überflüssig als das Beweis-Interlocut. Das Bedürfniß beider liegt in subjectiven Mängeln deren Folgen durch sie nicht gehoben werden können, wenn die Mängel hier wiederum ihren Einfluß geltend machen; es kann dann nur so viel durch sie erreicht werden, daß der Stoff des fernern Verfahrens übersichtlicher concentrirt wird als es vorher der Fall war. Denn auch die Aussonderung des Irrelevanten hat keine andere Bedeutung, indem es, wenn es in der That irrelevant war ohnehin diesem Stoffe nicht angehörte; die Behandlung des Relevanten als irrelevant dahingegen demselben seine wirkliche Bedeutung nicht entziehen kann, sobald sie später dem Richter ins Bewußtsein tritt[8]). Das deutsche Beweis-Interlocut hat aber den Vorzug, daß es die Beweispflicht feststellt[9]) und damit auch die Frage über die Begründetheit des Prozeßmittels als Gegenstand der Entscheidung beseitigt[10]). Eine Trennung der Entscheidung über diese Begründetheit von der Anerkennung, der Verurtheilung oder der Freisprechung, welche durch dasselbe, die Bewiesenheit vorausgesetzt, erlangt werden muß, wird indeß bei dem status causae et controversiae vermieden, nicht aber bei dem Be-

7) Daß, wenn die Feststellung der Beweislast und des Beweissatzes den Richter in Verlegenheit setze, dies um so mehr bei den Partheien der Fall sein müsse (Guyet a. a. O. S. 419. 420), ist eine Ansicht für die sich so wenig ein haltbarer Grund aufbringen läßt als sie durch die Erfahrung unterstützt wird.

8) Wegen der Nichtigkeit (vgl. oben § 4.) selbst beim Interlocut.

9) Dadurch unterscheidet es sich von der bloßen Beweiserforderung. Vgl. oben § 1. not. 6 und not. 3 dieses §.

10) Vgl. oben § 6. not. 5.

weis-Interlocute, wenn es die Folgen, welche die Erbringung oder das Verfehlen des Beweises mit sich führen sollen, nicht ausdrücklich ausspricht, sondern nur die Beweisführung regulirt. Denn wenn man sagt: es verstehe sich von selber, daß die Folge der Erbringung den Sieg des Beweisführers, die Folge des Verfehlens sein Unterliegen mit sich führe, so ist, auch abgesehen von den Modificationen welche die Stellung eines Beweisführers als Beklagten in Ansehung des letztern herbeiführen kann, ersteres doch nur insofern wahr als die zum Beweise verstellten Umstände, in Verbindung mit dem was etwa schon erwiesen ist, geeignet sind den vom Beweisführer aufgestellten Anspruch oder die von ihm geltend gemachte Befreiung zu begründen, nicht aber insofern als er seinem Verlangen eine weitere Ausdehnung gegeben hat [11]). Daher hat man dieser Annahme auch in Beziehung auf die Quantität jenes Verlangens schon die Geltung abgesprochen, und sie wird jedenfalls da ausgeschlossen, wo der Beweisauflage das: worauf ferner ergehen wird was Rechtens ist, hinzugefügt wird [12]). Jene Trennung ist aber, abgesehen von dem Gebrauche der sich in Ansehung einer derartigen Abfassung der Beweis-Interlocute gebildet hat, durch nichts zu rechtfertigen. Denn ist beiden Theilen das erforderliche Gehör über die factischen Grundlagen der Prozeßmittel gestattet, so ist nur insofern ein rechtlicher Grund für den Richter vorhanden die definitive Entscheidung zu suspendiren, als die Nothwendigkeit der Gestaltung einer Beweisführung es mit sich bringt; also nur insofern als sie die Frage über die Beweisenheit betrifft [13]). Um den Anforderungen der Prozeßlage zu genügen bedarf es demnach einer Verwandlung des Beweis-Interlocuts in eine alternative Definitiv-Sentenz mit vorbehaltenem oder nachgelassenem Beweise, in welchem

11) So z. B. bei zu hoch gestellten Entschädigungsforderungen u. dgl.

12) Vgl. Reinhardt Handb. I. § 155. S. 270.

13) Vgl. oben § 6. not. 4.

Falle die Beweisauflage nur als eine durch den Willen des Beweispflichtigen bedingte gefaßt ist; wenn man es nicht etwa vorzieht von der gebräuchlichen Form abzuweichen und neben einer unbedingten Beweisauflage die Folgen der Erbringung des Beweises so wie die des Gegentheils auszusprechen [14]). Daß am Schlusse eines nicht mangelhaften ersten Verfahrens die Sache zu einer solchen Definitiv-Sentenz reif ist, bedarf keiner weitern Ausführung. Daß sie von einer allerdings unzulässigen unter einer Bedingung gesprochenen, nemlich in Ansehung ihrer Geltung von einer Bedingung abhängig gemachten Sentenz wesentlich verschieden ist, zeigt sich eben darin, daß ihre Geltung von der Beweisführung gar nicht abhängig ist, so wie denn auch das römische Recht bei richterlichen Eidesauflagen solche Sentenzen vorschreibt [15]); und die Bedingtheit der Beweisauflage liegt in deren Natur als Anordnung einer partheilichen Prozeßhandlung [16]). Zwar ist nach der Praxis im ordentlichen Prozesse keine Parthei gehalten vor dem Ablaufe der Beweisfrist mit Beweismitteln hervorzutreten, und so mag bei mangelndem Beweise das Aussprechen einer definitiven Sentenz vor diesem Stadium als ein formeller Verstoß gegen jene Regel betrachtet werden können. Allein jenes Nichtgehaltensein hat seinen Grund doch nur in der spätern Zulässigkeit der Beweisführung, nicht in einem Ausgeschlossensein der Frage über die Gewißheit oder Ungewißheit in jenem Stadium und dieser Zulässigkeit

14) Dazu wird man, wenn außer dem Klagebeweise und Einredebeweise auch noch Beweise von Repliken u. s. w. aufzunehmen sind, schon genöthigt sein um eine erträgliche Fassung der Sentenz zu bewerkstelligen, und es wird nicht selten große Schwierigkeiten haben alle Alternativen so festzustellen, daß nur noch die Entscheidung über die Bewiesenheit und über Quantitäten dem fernern Verfahren aufbehalten bleibt.

15) Vgl. m. Erört. zu Linde S. 473. und ebendas. S. 354 not. 37. die Beispiele derartiger Sentenzen im älteren deutschen Prozesse.

16) Vgl. ebendas. S. 509. not. 9.

geschieht vermittelst einer Definitiv-Sentenz der gedachten Art selbst der Wortform nach kein Eintrag [17]). — Durch eine solche Sentenz beugt man auch im Falle der Irrelevanz des Beweissatzes der aller Consequenz Hohn sprechenden Lage vor, daß im Falle der Unanfechtbarkeit derselben von Seiten der Partheien dennoch der Richter desselben Prozesses mit ihr in Widerstreit treten kann; so wie der, insofern das Beweis-Interlocut nicht rechtskräftig wird, gegebenen Möglichkeit einer mehr als zweimaligen Wanderung der Sache durch die Appellations-Instanzen [18]). Denn jetzt wird die definive Entscheidung von der Beweisauflage unzertrennlich, und selbst dann wenn eine unheilbare Nichtigkeit begangen sein sollte, könnte ja, wenn einmal gegen diese alternative Definitiv-Sentenz appellirt worden wäre, deshalb keine Beschwerde weiter stattfinden [19]). Und wenn die Rechtsmittel gegen diese Definitivsentenz erschöpft oder ausgeschlossen sind, so kann auch eine Abänderung der Beweisauflage nicht mehr stattfinden; und deren Erfüllung oder Nichterfüllung muß nun, die Auflage sei beschaffen wie sie wolle, die Erfüllung möglich oder nicht, für die Verurtheilung oder Freisprechung schlechthin entscheidend sein [20]). — Denn wenn auch dieser Umstand an

17) Anders wäre dies, wenn die Beweisführung nicht eher unternommen werden dürfte bis der Richter sie gestattet; wie z. B. nach Verordnungen für das Großherzogthum Würzburg und Lippe-Detmold und dem Bair. Entwurf resp. v. 1810. 1816. 1825. Vgl. v. Linde Handb. IV. S. 252. 253. 264. Ein derartiger Vorschlag findet sich schon in den dem J. R. A. vorhergegangenen reichsständischen Verhandlungen. Vgl. De Meiern act. rec. imper. II. p. 195.

18) Vgl. oben § 1. bei not. 9.

19) Diese aus den Reichsgesetzen hervorgehende Beschränkung der Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeit (v. Röder Beitr. zu der Lehre v. d. Nichtigkeit im Civilproz. §. 32., v. Linde Lehrb. §. 420. not. 4., Handb. V. S. 531) mögte indeß in der Praxis ziemlich in Vergessenheit gerathen sein.

20) Vgl. oben § 5. not. 2. Die Rechtskraft ist aber darauf beschränkt, daß das Berufen auf Nichtigkeit gegen die Execution

und für sich den Richter nicht bindet, so ist ihm doch die prozessualische Möglichkeit einer Abweichung von dem Inhalte jener Definitivsentenz und der in ihr enthaltenen Beweisauflage dadurch entzogen, daß das Prozeßstadium vorübergegangen, in dem noch eine Definitivsentenz in der Hauptsache gefällt werden könnte[21]); und so wird für das dermalige Verfahren gleich bei der ersten Sentenz und für jede Beweisauflage eine der wirklichen Rechtskraft gleiche Wirkung erlangt. Eine größere Beschränkung der Rechtsmittel ist aber unmöglich so lange man nicht die richterliche Beweisauflage gänzlich beseitigt.

§. 9. Jene alternative Definitiv-Sentenz läßt, von positiven Vorschriften abgesehen, selbst eine Ausdehnung auf den Fall zu, wo einem Prozeßmittel zwar das geeignete juridische Factum zum Grunde gelegt, dieses aber nicht durch natürliche Thatsachen substantiirt ist, z. B. wenn zwar ein Kauf eines bestimmten Gegenstandes für einen bestimmten Preis zwischen den Partheien vom Kläger behauptet worden, aber nicht der Inhalt oder die Art und Weise der Verabredung angegeben ist. Sehen wir einmal auf das gegebene Beispiel, so wird heutzutage selten ein Richter Bedenken tragen dem Kläger ohne Weiteres den Beweis des Kaufs aufzuerlegen, und wenn er unter diesen Umständen die Klage nicht sofort abgewiesen hat, so zwingt ihn schon die Consequenz dazu; wiewohl bekanntlich auch wiederum diese Consequenz ihre Macht nicht auszuüben, sondern in den häufigen verspäteten Abweichungen mit der Formel: angebrachtermaßen, gebrochen zu werden pflegt. Will aber nun der Kläger jenen Beweis führen so muß er, wenn man nicht etwa eine Eidesdelation

---

der Verurtheilung ausgeschlossen ist. Gegen eine auf das Urtheil gestützte exceptio rei judicatae erscheint sie noch immer statthaft.

21) Vgl. oben § 6. bei not. 4. Wird durch eine wiederholte Klage wiederum ein solches Stadium eröffnet, so hat das richterliche Urtheil wieder freie Hand.

über jenes juridische Factum zur Beweisführung zählt [1]), oder das Urtheil von Zeugen über den Abschluß des Kaufs als eine Aussage gelten läßt [2]), den Inhalt jener Verabredung nothwendig noch nachbringen, wenn auch nur in einer Urkunde welche über sie aufgenommen ist. Die Frage über die Begründetheit des Prozeßmittels wird auf diese Weise indeß in das s. g. Productionsverfahren im weitern Sinne, oder sogar in das Hauptverfahren, hinübergespielt, und das erste Verfahren in einen bloßen Präliminarstreit verwandelt, der die Entwickelung des streitigen Verhältnisses selber um keinen Schritt weiter gebracht, sondern nur dazu gedient hat es actenmäßig zu machen, daß der Beklagte es bestreite, und inwiefern die Partheien Einreden, Repliken und Dupliken benutzen. Richtiger wäre es hier, den Kläger abzuweisen, falls er nicht in einer gewissen Frist den Kauf substantiiren und die zur Substantiirung benutzten Thatsachen sofern sie dazu geeignet sein und vom Gegner nicht zugestanden werden würden, erweisen werde [3]). Denn wenn dieser Ausspruch auch der Sache nach nichts anders ist, als jene Auflage des

1) Läßt man Eidesdelation über solche Thatsachen zu, so darf man sie nicht zur Beweisführung zählen. Es ist aber keineswegs ohne Beispiel, daß eine Klage die auf ein solches Factum ohne weitere Substantiirung gegründet, zugelassen worden, hernach aber über die Zulässigkeit einer Eidesdelation darüber Bedenken entstanden.

2) Thut man dies, so folgt man einem juridischen Urtheile des Zeugen.

3) Diese Abweisung würde dann, wenn sie nicht mit dem Zusatze: angebrachtermaßen, erlassen wäre, auch gegen eine wiederholte Klage dann, wenn sie substantiirt vorgebracht würde, und, wie sich von selber versteht, das juridische Factum auch in Ansehung der Subjecte und des Objects unverändert beibehalten hätte, die exceptio rei judicatae so lange wirksam begründen, als nicht der Kläger erweisen könnte, daß bei jener erstern Klage eine andere Substanz zum Grunde gelegen und demnach das jetzige juridische Factum nicht mit dem frühern identisch sei (vgl. oben § 6. not. 7); vgl. auch L. 61. pr. f. D. de judiciis 5. 1.

Beweiſes des Kaufs; ſo wird doch der in dieſer letztern liegende Verſtoß gegen die prozeſſualiſchen Grundſätze abgewendet und die Bedeutung des nachfolgenden Verfahrens als eines neben dem Productionsverfahren in der weitern Bedeutung hinlaufenden Nachtrags zum erſten Verfahren feſtgeſtellt. Es wird auf dieſe Weiſe der Mangel einer Geſchichtserzählung und der in derſelben zu conſtituirenden Baſis für die Beweisführung ergänzt, ohne daß die in der That durch das bisherige Verfahren gewonnene prozeſſualiſche Lage wiederum verloren geht; deren Bedeutung die iſt, daß die bei dem Streite in Betracht kommenden Prozeßmittel, von nova abgeſehen, dergeſtalt fixirt ſind, daß die Benutzung anderer ausgeſchloſſen iſt, und daß der Beklagte für die definitive Beendigung des Streits auch im Falle der Unthätigkeit des Klägers thätig ſein kann, wozu er, nachdem er ſich einmal auf die Klage eingelaſſen, allerdings, die Gültigkeit des Verfahrens einmal vorausgeſetzt, die Befugniß erworben hat, wenn auch ſeine Einlaſſung auf eine Klage der in Rede ſtehenden Art nur eine Litisconteſtation in dem ältern oder vielmehr eigentlichen Sinne iſt. Durch die Erhaltung dieſer Lage unterſcheidet ſich eine ſolche Abweiſung mit nachgelaſſener Subſtantiirung von einer Abweiſung, bei welcher der Mangel der Subſtanz blos als Entſcheidungsgrund oder zur Belehrung der Parthei genannt iſt, in Anſehung der Wirkung; in Anſehung der Bedeutung aber auch dadurch, daß ſie eine der Rechtskraft fähige Entſcheidung über das ſtreitige Verhältniß ſelber, dieſe aber nur eine prozeßleitende auf eine blos den Inhalt der Klage als ſolchen betreffende Beurtheilung gegründete Verfügung iſt [4]), wenn auch beide in die Categorie der vim definitivae habentes in der ältern Bedeutung fallen [5]). Allein dem Erforderniſſe des J. R. A., daß die Geſchichtserzählung *mit der Klage* vorzubringen, wird durch eine Abweiſung mit nachgelaſſener Subſtantiirung nicht

4) Vgl. oben § 6. bei not. 10.
5) Vgl. oben § 1. not. 12 ff.

genügt, weshalb man sie denn auch nur da anwenden darf, wo der Gebrauch eine Vernachlässigung desselben gestattet[6]). Und daß die durch das bisherige Verfahren eingetretene Prozeßlage in Ermangelung dieses Nachlasses unwirksam wird, kann ihn nicht rechtfertigen, weil sie ungültig ist. Denn die Verbindung der Geschichtserzählung mit der Klage ist ein positives Essentiale dessen Vernachlässigung so lange, als das Verfahren in dem sie vorgekommen, nicht durch eine Sentenz abgeschlossen ist, absolute Nichtigkeit mit sich führt; da die Heilbarkeit solcher Nichtigkeiten nur in der Beschränkung der allein gegen eine Sentenz zulässigen Querel begründet ist, und erst dann eintreten kann, wenn die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens sich von diesem hinüber auf die Sentenz wirft[7]).

§. 10. Muß man demnach, so lange man die richterliche Concurrenz bei der Regulirung der Beweisführung für erforderlich hält, und es den Partheien nicht zur Pflicht gemacht ist, unaufgefordert nach eignem Ermessen die ihnen obliegende Beweispflicht unter Beobachtung einer Antretungspflicht zu erfüllen, ein Beweiserkenntniß dem bloßen status causae et controversiae vorziehen, so wird man dennoch dem letztern seinen Nutzen nicht absprechen können, so lange man noch nicht auf eine solche Behandlung des Prozeßstoffes von Seiten der Partheien zählen kann, die jene richterliche Concurrenz, wenigstens abgesehen von der Bestimmung einer Beweisantretungsfrist[1]) und der Verwerfung irrelevanter Beweisantretungen, überflüssig machen könnte. Nichts hin-

---

6) Z. B. im Concurse, bei präjudiciellen Verhältnissen, bei Substantiirung der possessio durch facta possessionis.

7) Sobald die Sentenz erfolgt ist, kann mit der Beschwerde wegen heilbarer Nichtigkeit nur Abänderung derselben wegen Iniquität nicht aber Rescission des vorherigen mangelhaften Verfahrens erlangt werden (vgl. m. Erörter. zu Linde §. 99. 100).

1) Darauf beschränkt die Thätigkeit des Richters der Berner Entwurf Satz 173. 174. Für dieses Verfahren entscheidet sich auch Götz in dies. Arch. VI. S. 177—179.

dert aber den Richter in seinen Entscheidungsgründen einen solchen status causae et controversiae zu liefern, der eine übersichtliche Grundlage für die zu unternehmende Beweisführung zu bilden geeignet wäre; und wo es eingeführt ist an die Spitze der Entscheidungsgründe einen Actenauszug aufzustellen, da bedarf es dazu nur einer hierauf berechneten Einrichtung desselben. Diese würde dann wesentlich in einer strengen Aussonderung der zur Substantiirung der juridischen Thatsachen oder der auf sie gegründeten Prozeßmittel dienenden relevanten natürlichen Thatsachen von dem übrigen Stoffe [2]), und einer besondern Zusammenstellung desselben für jedes einzelne Prozeßmittel, mit Scheidung des Gewissen vom Ungewissen und mit Hinzufügung der für letzteres etwa bereits vorhandenen Beweisgründe, bestehen müssen. Zwar wird jene Grundlage in einem gehörig abgefaßten speciellen Beweis-Interlocute allerdings geliefert. Allein es wird dadurch nicht ausgesprochen, inwiefern die von demselben ausgeschlossenen Thatsachen ihrer Irrelevanz oder ihrer Beweisenheit wegen ausgeschlossen worden sind, und nur einer Einrichtung der gedachten Art ist, abgesehen davon, daß ihre Ausarbeitung ohnehin für den Richter Bedürfniß sein kann, wenn er sich eine richtige und nur der eigentlichen Beweisführung fähige Thatsachen aufnehmende Fassung des Beweisthema sichern will; — dazu geeignet den Partheien eine ausreichende Controle über die gehörige Würdigung ihrer Vorträge zu gewähren [3]). Schwierigkeiten kann diese Einrichtung nur in so

---

2) Daß eine solche Absonderung, wenn es zur Beweisführung kommt und man nicht deren Richtung auf Momente, die rechtlich nicht Gegenstand derselben sein können, zulassen will, einmal geschehen muß, ist außer Zweifel; und daraus folgt, daß es ohne sie keine dem ganzen fernern Verfahren genügende Grundlage gibt. Eine solche so früh als möglich zu erlangen ist aber das einzige unschädliche Mittel der Vereinfachung und Abkürzung der Procedur.

3) Die Bestandtheile, welche die Entscheidungsgründe nach der Ansicht des Verf. zu jenem Zwecke enthalten müssen, sind zu-

fern haben, als es erst einer Gewöhnung an eine solche, eine strenge Durchführung und Festhaltung der Verschiedenheit der Natur des Streitstoffes voraussetzende Bearbeitung bedarf. Ist aber diese erlangt, so wird sie sowohl dem Richter als den Partheien zur Erleichterung der ferneren Entwickelung des Prozesses dienen. Sie wird aber auch, abgesehen von solchen Partheien die auch da noch streiten wo die Vergeblichkeit des Streitens *ihnen selber klar* ist und gegen welche es ohne Beschränkung der zur Sicherung der genügenden Vertheidigung erforderlichen Freiheit keine wirksame Maßregel geben kann, der Verweitläuftigung des Prozesses durch unnöthige Proceduren vorbeugen, da Prüfung der Eigenschaften des Stoffes und deren Darlegung eine Gründlichkeit der Behandlung erzwingt, die irrigen Ansichten das Aufkommen vereiteln oder doch erschweren muß. Hier aber, scheint es, könnte die Gesetzgebung eine bedeutende Nachhülfe durch die Anordnung einer Mittheilung jenes in die Entscheidungsgründe aufzunehmenden Status in dem gedachten Umfange an die Partheien zur Einreichung ihrer Erinnerungen gegen dessen Richtigkeit, sofern sie die *Uebereinstimmung der Darstellung der natürlichen Thatsachen mit den Vorträgen der Partheien betrifft*; und deren Berücksichtigung bei der Urtheilsfällung in der Art anordnete, daß sofern sie begründet befunden, der Status darnach abgeändert werde, sofern sie aber unbegründet erscheinen, sie bei der Aufstellung der Status in den Entscheidungsgründen aufzuführen und zu widerlegen seien; und *daß die unbestritten gebliebenen Theile desselben als unabänderlich für die fernere Procedur festgestellt betrachtet werden sollten*[4]).

sammengestellt in seiner Schrift: Der fiscalische Prozeß gegen den u. s. w. Frahm (Kiel 1839) S. 93. 94.

4) Jene Beschränkung der Einwendungen und diese Folge des Mangels derselben erscheint für den Zweck der Mittheilung des Status wesentlich, fehlt aber, so viel dem Verf. bekannt, allen Gesetzen welche eine solche anordnen. Das Würtemb. Edict

Der dazu erforderliche Zeitaufwand würde bei dem dermaligen ordentlichen Prozeßgange nicht von Bedeutung, und auf dieſen die Vorſchrift denn auch zu beſchränken ſein. Dadurch wäre zugleich ein Surrogat für die von Feuerbach ſchon lange[5]) empfohlene Anweſenheit der Partheien bei Erſtattung der Relation gegeben, bis einmal ein mündliches Verfahren in der Ausdehnung ſich geltend machen ſollte, daß ſelbſt die Deliberationen der Richter nicht mehr im Geheimen ſtattfinden. Dieſer Zeitpunkt dürfte indeß in eine ſehr ferne und unbeſtimmte Zukunft zu verſetzen ſein, und es ſcheint ſelbſt daß wenn das mündliche Verfahren überhaupt der erforderlichen Gründlichkeit nicht Abbruch thun ſoll, es nur dann zu beklagen ſein wird, daß es zu den Deſiderien gehört, wenn eine richtigere Behandlung des Streitſtoffes, als die bisher gewöhnliche, herrſchend geworden ſein wird.

v. 1818 § 101. ſchließt jene Folge ſelbſt ausdrücklich aus. Bei der Umſchmelzung und Sichtung der geſchrobenen vagen und confuſen Vorträge der Partheien den fernern Streit über deren Bedeutung und die Relevanz des Uebergangenen möglichſt abzuwenden, muß das Ziel dieſer Operation ſein; deren Erſprießlichkeit freilich immer von der Fähigkeit ihres Urhebers abhängig bleibt.

5) Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege I. S. 112. 113.